si pedida restitucion para probar en el termino ordinario es este pasado
si ha de conceder restitucion con la mitad del — 459

11 20



POR DON AGVSTIN del Aguila Rosales.

CON EL MARQVES de Cropani.

SOBRE

Que se le conceda al dicho don Agustin la restituciõ que tiene pedida dentro de los quince dias, para hazer mas prouança.

Impresso en Granada, en casa de Blas Martinez mercader de libros. Año de 1635.

HEcho indubitable es, que en la instãcia del inferior se recibio este pleyto a prueua con el termino ordinario, y con el de la restituciõ despues de hecha publicacion de prouanças; y assimismo lo es, que en la instancia de vista aunque se pidio prueua por esta parte no se concedio por no auer nueua alegacion, y se reseruò para difinitiua. Salio sentencia, parte en fauor de don Agustin, y don Antonio su hermano, y parte en contra: de que se suplicò, y se ofrecio a prouar. Y la parte del Marques contradixo la prueua, por la misma causa de no auer nueua alegacion. A que se replicò por don Agustin, y don Antonio, *que en vna de las dos instancias de la Chancilleria no se auia de denegar la prueua, mayormẽte siendo menor*; *y pidio restituciõ.* Salio auto, recibiendose la causa a prueua, sin expressarse *que se concedia restitucion.*

Aora se contradize la dicha restitucion pedida dẽtro del termino de los quince dias, que es la que cõcede la l. 3. tit. 8. lib. 4. & l. 5. tit. 9. eo. lib. recop. por dezir, q̃ auiẽdose pedido restitucion para prouar, y admitidose la prueua, *si esta restitucion se concede, vendrian a ser dos restituciones en vna instãcia*, contra la l. 1. y final, C. si sæpiùs restitutio in integrum postuletur, pues no se pudo recibir a prueua sin nueua alegacion, si no es auiendo atencion a que se pedia restitucion: però satisfacese con lo siguiente.

Lo primero, porque se niega el presupuesto de que sin nueua alegacion no se podia recibir la causa a prueua, *nam de iure canonico, est verum*, cap. fraternitatis, de testibus, Clem. 2. eo tit. *secus de iure ciuili*, glo. & DD. in authent. at qui semel, C. de probationibus, Iacobus Cancerius, lib. 1. cap. 20. nu. 24. & 25. Dom. Perez de Lara meus Pater, in compendio, cap. 28. n. 46.

Y de nuestro derecho del Reyno, aunq̃ no està decidido lo contrario expressamente sin nueua alegaciõ se limita, *con q̃ aya nueuos testigos, y jure la parte q̃ de nueua viene a su noticia, y se recibe la causa a prueua*, l. 39. tit.

tit.16.part.3 & l.27.tit.23.part. 3. señor Rodrigo Suarez,alleg.5.n.5.Gutierr.lib.1.q.71. Azebed. l.4.tit.9.lib.4.n.3.Ceuallos,tom.5.q.153.n.23.

Esta l. de Partida dizen que està corregida por la l.4.tit.9.lib.4.recopilat.que dispone,*no el que la causa causa no se reciba a prueua en la instancia de apelacion,o suplicacion, sino que no se admita prouança por los mesmos articulos,o derechamẽte contrarios*:y q̃ sin nueua alegaciõ no aya prueua,es la d.l.5.d tit.9.lib. 4. y demos q̃ sea asi,y q̃ la l.1.tit.6. lib. 4.se entiẽda *en los pleytos q̃ se comiençan en la Audiencia por caso de Corte*:dezimos, q̃ adhùc es la obseruancia y estilo mas comun de la Audiencia, que aunque no aya nueua alegacion *en vna de las dos instancias de vista,o reuista,se reciba la causa a prueua*: y este estilo y practica,q̃ le aya en esta Chancilleria,adduco in testes a cada vno de V.md. y estos señores como puedo, ex l.2. §.hæc duo,vers.*sed quia plerumquè*, de origine iuris, l.19.tit 16.p.3.Curia Philipica,p.1.§.17.nu.11.

Y en lo ordenatorio del juycio *tiene fuerça de ley el estilo*,glos.fin.& ibi Abbas in cap. quod clericis, n.10.& 11.de foro competenti,Ioann. Garcia, de coniugali aquestu,nu.35.Riccius,collect. 794. & 1838. & in decisionibus Curiæ, p. 1.decis.35. & p.2.decis.119 cũ allegatione ibi inserta, & decis. 205.n.1.& 4.Gonçalez, reg.8.glos. 9. in annotationibus,n.104.Gratian.tom.4. cap.752.nu. 84. Giurba,cons.39.n.45.70.& 71.Salgado,p.3. c.9. à num.242.

Præcipuè,que en proprios terminos,que en las Chancillerias *sin nueua alegacion se aya de recibir la causa a prueua*, y que asi se obserue *en vna de los dos instancias*:porque la experiencia manifiesta que los pleytos en el modo de articular vienen errados, y cõuiene a las partes que los abogados de la Curia (que de ordinario suelen ser muy doctos) los guien y enmienden,resoluit Matienç.in dialogo Relatoris,p.3.c.52.n.8.ibi: *Quo fit,vt praxis admisserit hoc in foro Regio,vt quoties causæ appellationum , in eo tructinantur pate altera se ad probandum offerente,siuè quid noui alleguet in grauaminibus per eum expositis, siuè nil nouum,*

num, sed ea tantum, quæ in prima discusa fuerant instantia ad probandum nihilominus admittatur: y en la tercera instancia, quando no dio testigos, aunque se recibiesse a prueua en la segunda, resuelue lo mesmo.

Luego no es preciso (como menos bien presupuso mi docto amigo el Licenciado Iuan de Herrera abogado contrario) que el auto de prueua se dio por auer pedido restituciõ: porque *ni el auto lo dixo*, como era necessario, no solo por el processo ad vlteriora, D. Perez de Lara, in cõpendio, c.25.n.29. & 30. y podia darse (como se daua) atendiendo a la dicha obseruancia, y doctrinas referidas, y las que mejor tienen vistas V.md. y estos señores.

Lo otro, porque siendo el dicho auto equiuoco (que no es sino claro) si puede valer *iure communi*, como es sin restitucion, *no se ha de entender hecho iure speciali*, Dom. Molina, lib.2. cap.2. n.14. & cap.7. num.69, & ibi additionatores, Stephan. Gratian. cap.580.n.2. Ceuallos, tom.1.q.37. Aluarez de Velasco, aximata, litera F. verbo, *Fiscus*, n.153.

Et dato casu que se huuiera de entender recibida la causa a prueua, *por causa de auerse pedido restitucion*, no obstan las dichas leyes 1. y fi. C. si sępiùs, ni la dicha l.4. & 5. tit.9. li.4. de no recibirse la causa a prueua, *por los mesmos articulos, sin nueua alegacion*: porq̃ las dichas l. demas de la limitacion referida del est. lo que trae Matienço, d.c.52. à n.8. y de la dicha limitacion de nueuos testigos se limita in alijs plurimis casibus, videlicet, *quando vtraque pars se offert ad probandum*, Paz, tom.1. cap.1. part.6. n.19. vers. *Secundus casus, & limitatur in causis nobilitatis*, Ceuall. to.5. q.153. n.20. & in causis criminalibus, Riccius, p.2. decis.34. Frãch. decis.470. Bucarroni, de differentij, differentia 178. & limitatur, *quãdo se ha presentado nueuo instrumento*, Dom. Perez de Lara, lib.2. de Capellanijs, cap.10. à n.48.

Y se limita quando ay menor, o persona priuilegiada: porque *isto casu*, hecha publicacion, *se le permite al menor en la segunda o tercera instancia, y a la Iglesia, rustico, y muger, hazer prouança por los mesmos articulos, o derechamente contrarios*, Innocentius, in cap. auditis,

auditis, de in integrum restitutione, Paz, 1. tomo, tempore 8. num. 181. Ceuallos, q. 350. n. 22. & 23. & tomo 5. d. q. 153. nu. 20. & 21. Matienço, d. tractatu, 3. p. cap. 46. nu. 2. Azebedus, l. 4. tit. 9. lib. 4. nu. 4. Riccius, p. 2. decis. 70. *Et eo ipso quod minori cõcedatur probatio intelligitur restitutus ad probãdũ per eosdem articulos*, vt ex l. 1. §. aduersus, ff. de noui oper. nunciatione, resoluit Zeuallos, d. q. 153. nu. 6. Stephanus Gration. tom. 1. c. 158. nu. 3. & 13. Riccius sua praxi, decis. 641. ex decis. 216. de Afflict. Rodriguez, de modo procedendi in causis ciuilibus, c. 8. n. 21. & 23. & 24. Dominus meus Perez de Lara, d. compendio, c. 28. n. 46. y en este mismo lugar dize, *que auiendose dado esta restitucion, se da tambien la de la dicha l. 3. tit. 8. lib. 4.* o por lo menos si no lo dize expressamente, de su resoluciõ se presupone, y deue entender.

No obsta la question 68. del lib. 1. de Iuan Gutierrez, porq̃ no se resoluio alli q̃ al menor en vna instancia mesma *no se le diessen dos restituciones para diuersos efectos*, sino que para prouar despues de la sentencia en el juycio de liquidacion lo mesmo q̃ auia prouado por restitucion antes de la sentencia, *no se diesse segunda restitucion.*

Imò (hablando decentemente) seria absurdo entender, *que dos restituciones no se diessen en vn mismo juycio y instancia a el menor para diuersos efectos y articulos.* Y pongo el exemplo: Dase sentencia de vista contra el menor, no suplica, es llano que se le concede restitucion para suplicar, ex d. l. 1. C. si sæpiùs, Azebedus, l. 1. tit. 18. lib. 4. n. 30. & 35. Gutier. lib. 3. q. 37. n. 16. & 17. Frãch. decis. 453. Alex. Ludo. decis. 181. n. 9. & 13. Giurb. decis. 18. n. 9. Dom. meus, d. compendio, cap. 24. n. 67. & 68. Salgado, p. 2. c. 2. n. 69. ex Scaccia, & alijs. Y pongamos en terminos de la opinion del abogado contrario, que por auer nueua alegacion se le concedio prueua (no por restitucion) y ella passada, *es sin duda se le deue conceder la de la mitad del termino probatorio, pidiendola dentro de los quince dias*, ex d. l. 3. que vienen a ser dos restitu-

 ciones

ciones en vna misma instancia; ergó no es esto lo prohibido, *sino dos restituciones en vna misma instancia, cerca de vna misma cosa*; y en esta conformidad entiende la dicha l.fin. Iuan Mauricio, tractatu de restitutione, quæst.258. n.5. ibi; *Non posse iterato in vna eademque causa, & pro re eadem peti restitutionem*, exemplificandolo en el menor, que en vna misma instancia pidio restitucion para prouar q̃ era menor, y con esto poder ser restituydo, y luego la pidio para hazer prouança; por no auerla hecho bastante, & videndæ sunt etiam las dos questiones siguientes 259. & 260. à fol.173. tom.1. de los tratados, de restit.

Et in proprijs terminis poniendo nuestra question Esforcia de restitutione, dict. tom. 1. part.1. quæst. 16. artic. 8. à num. 34. cum sequentib. fol. 405. no solo se *contenta con resoluer que pueda al menor concederse dos restituciones, circa diuersas res, & articulos*; sino que en el num. 38. propone la question en el menor à quien se auia concedido restiticion para presentar nueuos testigos, que auia dexado de presentar por negligencia, y por auer tenido la misma en examinar estos despues de la dicha concesion de restitucion pedia otra, y resuelue Esforcia en el num.41. *Que si no es que se conozca euidente malicia en menosprecio de la parte y del juez, se se ha de conceder*. Y en el num. 41. lo exemplifica en que al menor *sele ha de conceder restitucion para apelar*, y que si se le passa el termino de proseguir la apelacion, *se le ha de conceder otra restitucion para proseguilla*.

Como tambien no es dudable, que el menor que sale a oponerse como tercero (por su interes o coadjuuando) tiene derecho de ser restituydo para hazer prouança, *etiam facta publicatione, en aquel juyzio que se opone*; vt eleganter resoluit noster Doctissimus Preses Dominus Don Ioannes Baptista Valençuela Velazquez, consil. 60. num. 59. & tamen nulli dubium est, *Que despues de auersele cõcedido esta restitucion, se le concederá en la misma instācia*

cia

cia la legal de la mitad de termino probatorio, pidiendolo dentro de los dichos quince dias, ex dict. l. 3. titul. 8. & l. 5. tit. 9. lib. 4. recopil.

La resolucion de Mauricio, y Esforcia, entendiendo la dicha l. fin. C. si sæpius, in integrum restitutio. postuletur; quando en vna misma cosa, y sobre vn mismo articulo se pide segunda restitucion, porque no aya dos restituciones sobre vna misma lesion, si yo no me engaño se comprueua por la l. 5. titul. 5. lib. 4. ibi: *Se pidiere restitucion en la primera instancia para poner sus excepciones nueuas, que vna vez le sea otorgada la restitucion.* Et ibi: *Y que por la misma sentencia le sea denegada otra restitucion.* De suerte que vna vez concedida restitucion para poner excepciones, no se puede pedir otra para lo mismo. Y decidiẽdo esto la ley, decide asimismo, que para diuersa cosa y articulo, se pueda pedir y cõceder otra restitucion, y se prueua por la dicha l. 3. dict. titu. 8. lib. 4. ibi: *Que en la misma sentencia que se le otorgare, se le deniegue otra restitucion.* l. 5. titul. 9. dict. lib. 4. ibi: *Y que diga en la misma sentencia, que se le deniega otra restitucion*, que es cerca del querer prouar y hazer, despues de passado la mitad del termino probatorio por restitucion, mas prouança por nueua restitucion cerca de aquella lesion en que fue concedida.

4 No deciden estas leyes, que en vna instancia no aya dos restituciones, antes son disposiciones formales y expressas, para q̃ se le puedan conceder, y el menor pueda pedir en vna misma instancia dos y tres restituciones: vna, *para poner las excepciones que en tiempo no puso*, dict. l. 5. titu. 5. Y otra, para que *en auiendo hecho prouança de las mismas excepciones, o no bastante*, pueda pedir, y se le aya de dar restitucion si la pide dentro de los quince dias con la mitad del termino probatorio, dict. l. 3. titul. 8. & l. 5. titul. 9. dict. lib. 4 y otra para apelar, sino hizo el menor apelacion, o no en tiẽpo, ex dict. l. 1. C. si sæpius, & quæ supra dicta sunt. Y exemplificarse en cada ley, que en aquello en que se concede vna restitucion, no se dé otra, *firmat*

mat regulam in contrarium; en lo demas en que no se ha dado restitucion, l. nam quod liquide, de penu legata, l. quæsitum, §. denique, in fin. eodem titul. Tusch. litt. E. conclus. 422. cum sequentiib. Zeuallos, tom. 3. quæst. 827. nume. 7. Pheb. decis. 71. num. 19. Ioann. Baptist. Coccin. decis. 375 num. 10. & 11. Mantic. de contract. lib. 7. titul. 16 nume. 11. & 30. & 32. Y si la ley quisiera que no se diera restitucion, lo dixera, como lo expressò quando la quitò en las mismas leyes 3. dict. titu. 8. & 5. dict. 9. quãdo no se pide dentro de los quinze dias y como lo expressó en las tachas, que no se ponẽ dentro de seys dias, negando la restitucion, l. 1. d. titul. 8. lib. 4.

Luego caso dado que se entendiera (sin auerla concedido) estar concedida restitucion con el auto de prueua, siendo aquella restitucion *para que se le admitiesse prueua por no auer nueua alegacion y lesion que desta disposicion de derecho resultaua* al menor y esta otra restitucion *por no auer prouado*, aunque sean entrambas *en vna misma instancia*, por las disposiciones de las dichas leyes del Reyno se deuen conceder, & in terminis resoluit Azeued. dict. l. 5 titul. 5. lib. 4. ibi: *Otra restitucion intellige similem ad oponeudam exceptionem post terminum lapsum secus vero si ad alium actum, vel punctum restitutio peteretur in eadem etiam causa: nam tunc benè conceditur talis restitutio*, y entiende en esta forma todo el titulo, C. si sæpius, y dize q̃ assi lo entienden Mauricio, y Villalobos, & prosequitur: *Nam restitutio in vna causa concessa, tunc demum non potest in eadem iterato peti, quoties circa eandem rem petitur, sicque intelliges l. 3. tit. 8. & l. 5. tit. 9. infra isto lib. denegantes bis restitutionem concedi in causa aliqua: nam debent intelligi super eodemmet articulo, sed super dissimilibus articulis, bis, & plus potest peti & concedi minori & simili personæ priuilegiatæ*, & idem en vna misma instancia resoluit in dict. l. 3. titul. 8. dict. lib. 4. n. 40. & 41. ibi: *Regulareque hoc est, quod restitutio in vna causa concessa circa eandem rem, vel eundem articulum*

non

non potest iterato concedi, vt per totum titulum, C. si sæpius: & ibi: *Licet ad diuersos effectus bis, & pluries potest in eadem instantia, restitutio postulari per priuilegiatam personam.* Con que es consequencia euidẽte, que aunque la prueua se huuiera en nuestro caso concedido *por restitucion, siẽdo aquella para prouar, nõ obstante no auer nueua alegacion, y esta por no auer prouado*; no ay causa para que se dexe de conceder, mayormente no auiendo sido el auto de prueua *por restitucion, sino iure ordinario, por el estilo, y practica, y fundamentos que ay*: con que parece se deue declarar en fauor desta parte: y quando huuiesse de salir este auto en contra (que lo dudo) por ser esta causa no vista hasta aora, *y sin exẽplar*, quedarè muy satisfecho de saber la resolucion tãti Magistratus, & doctissimorum Senatorum, entendiendo para lo de adelante en vno, ò otro sucesso la verdadera resolucion de la materia y doctrinas ponderadas. Salua, &c.

El Licen. D. Iuan Perez de Lara.